FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT CHRISTINE STIX-HACKL

föredraget den 12 januari 2006 [1]

I — Inledning

1. Denna begäran om förhandsavgörande gäller frågan under vilka förutsättningar en offentlig upphandling utgör en så kallad kvasiintern upphandling och därmed faller utanför tillämpningsområdet för rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor [2] (nedan kallat direktiv 93/36). Det är alltså frågan om ytterligare ett mål rörande tolkningen och tillämpningen av de kriterier som lades fast i domen i målet Teckal [3] och som åtminstone delvis preciserades närmare i målet Stadt Halle [4].

2. Detta är ett i raden av delvis redan avgjorda mål [5] som gäller offentlig upphandling på området för energiförsörjning och avfallshantering hos kommuner i Italien.

II — Tillämpliga bestämmelser: Gemenskapsrätten

3. I artikel 1 i direktiv 93/36 finns grundläggande bestämmelser om direktivets tillämpningsområde.

4. Artikel 1 a har följande lydelse :

"I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges :

a) 'offentliga varuupphandlingskontrakt': skrivna avtal med ekonomiska villkor

1 — Originalspråk: tyska.

2 — EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126.

3 — Dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121).

4 — Dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle (REG 2005, s. I-1).

5 — Se exempelvis beslut av den 14 november 2002 i mål C-310/01, Comune di Udine (EGT C 55, 2003), och dom av den 9 september 1999 i mål C-108/98, RI SAN (REG 1999, s. I-5219).

mellan en leverantör (fysisk eller juridisk person) och en av de nedan under b angivna upphandlande myndigheterna, som omfattar köp, leasing, hyra eller hyrköp med eller utan köpoption av produkter. Leveransen kan vidare omfatta projektering och installation."

5. I punkterna 49 och 50 i domen i det ovannämnda målet Teckal slog domstolen fast principer för undantag från direktivets tillämpning för vissa transaktioner:

"49 När det gäller frågan huruvida ett avtal föreligger, skall den nationella domstolen kontrollera om det finns en överenskommelse mellan två skilda personer.

50 I detta avseende är det enligt artikel 1 a i direktiv 93/36 i princip tillräckligt att avtalet har slutits mellan, å ena sidan, en lokal myndighet och, å andra sidan, en i förhållande till denna myndighet fristående juridisk person. Endast i det fallet att den lokala myndigheten, samtidigt, utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla."

6. Den första av de båda nämnda förutsättningarna har domstolen preciserat närmare i domarna i målen Stadt Halle [6] och Parking Brixen [7].

7. Rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna [8] (nedan kallat direktiv 93/38) innehåller en bestämmelse, numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) [9], om tilldelning av uppdrag till företag som är närstående till den upphandlande enheten.

8. Artikel 13.1 i direktiv 93/38 har följande lydelse:

"1. Detta direktiv skall inte gälla för tjänstekontrakt som:

a) en upphandlande enhet tilldelar ett anknutet företag,

6 — Domen i målet Stadt Halle (ovan fotnot 4).

7 — Dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585).

8 — EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177.

9 — EGT L 134, s. 1.

b) upphandlas för ett gemensamt projekt bestående av ett antal upphandlande enheter för verksamhet enligt artikel 2.2 som tilldelas en av de upphandlande enheterna eller ett företag som är anknutet till en av dessa upphandlande enheter,

förutsatt att minst 80 procent av den genomsnittliga omsättningen för detta företag vad avser tjänster inom gemenskapen under de senaste tre åren härrör från tillhandahållandet av sådana tjänster till företag som de är anknutna till.

Då mer än ett företag som är anknutet till den upphandlande enheten tillhandahåller samma tjänster eller liknande tjänster skall den totala omsättning som härrör från tillhandahållande av tjänster från dessa företag tas med i beräkningen."

III — Omständigheterna i sak och målet vid den nationella domstolen

9. Busto Arsizio kommun inledde den 22 september 2003 ett upphandlingsförfarande avseende leverans av energi samt drift och underhåll, anpassning till gällande bestämmelser och teknisk anpassning av värmesystemen i kommunens byggnader (upphandlingens värde uppgick till 8 450 000 euro exklusive mervärdesskatt och var fördelad enligt följande: 5 700 000 euro för leverans av bränsle, varav 4/5 eldningsolja och 1/5 metan, 1 000 000 euro för underhåll och 1 750 000 euro för teknisk anpassning och anpassning till gällande bestämmelser).

10. I beslut nr 804 av den 21 november 2003 uppsköt Busto Arsizio kommun (nedan kallad kommunen) upphandlingsförfarandet till den 10 december 2003 i avvaktan på ett eventuellt beslut om att tilldela uppdraget utan föregående anbudsförfarande. Sökanden Carbotermo SpA (nedan kallad Carbotermo) inlämnade ett anbud den 22 november 2003. Consorzio Alisei (nedan kallad Alisei) hade visserligen förberett ett tekniskt anbud men hade inte lämnat in detta inom den ursprungligen föreskrivna fristen den 24 november 2003 eftersom Alisei den 21 november 2003 hade fått kommunens meddelande om att anbudsförfarandet uppskjutits till den 10 december 2003 och därefter kommunens meddelande om att förfarandet avbrutits.

11. I beslut nr 857 av den 10 december 2003 avbröt kommunen upphandlingsförfarandet och förbehöll sig möjligheten att tilldela AGESP SpA (nedan kallat AGESP) uppdraget direkt.

12. AGESP kontrolleras till 100 procent av AGESP Holding SpA, [10] vilket i sin tur är ett aktiebolag vars aktiekapital till 99,98 procent ägs av kommunen. [11] Resterande aktier ägs av några angränsande kommuner i samma provins.

13. Den 18 december 2003 tilldelades AGESP uppdraget i fråga direkt.

14. Carbotermo och Alisei har fört talan mot dessa beslut hos Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia. Denna domstol har förenat de båda målen och i beslut den 27 maj 2004, som kom in till domstolen den 9 augusti 2004, hänskjutit följande frågor till domstolen för förhandsavgörande:

"1) Är det förenligt med direktiv 93/36/EEG att direkt och utan föregående anbudsförfarande tilldela ett kontrakt avseende uppvärmning och leverans av bränsle för värmesystem i byggnader som ägs av kommunen eller som kommunen ansvarar för och avseende förvaltning, drift och underhåll av dessa system (varav huvuddelen avser varor) till ett aktiebolag, som, för närvarande, i sin helhet ägs av ett annat aktiebolag som i sin tur till huvuddelen (99,98 procent) ägs av den kommun som tilldelat kontraktet, med andra ord till ett bolag (AGESP) som inte ägs direkt av den offentliga myndigheten utan av ett annat bolag (AGESP Holding) som för närvarande ägs till 99,98 procent av den offentliga myndigheten?

2) Skall artikel 13 i direktiv 93/38/EEG tillämpas för att fastställa huruvida ett företag som direkt och utan föregående anbudsförfarande tilldelats ett varukontrakt uppfyller kravet på att det skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet som kontrollerar företaget och skall kravet anses vara uppfyllt när huvuddelen av ovannämnda företags omsättning härrör från verksamhet som bedrivits tillsammans med den kontrollerande offentliga myndigheten eller, alternativt, när omsättningen härrör från verksamhet som bedrivits på myndighetens territorium?

10 — Enligt artikel 7 i AGESP:s bolagsordning får "inget bolag med undantag för det kontrollerande moderbolaget AGESP Holding SpA inneha en större andel än en tiondel av bolagets totala aktiekapital".

11 — Enligt artikel 6 i bolagsordningen för AGESP Holding SpA har kommuner förbehållits innehavet av aktiemajoriteten. Enligt artikel 7 i bolagsordningen för AGESP Holding SpA får "inget privat bolag ... inneha en större andel än 10 procent av bolagets totala aktiekapital".

IV — Tolkningsfrågorna

15. Tolkningsfrågorna gäller i huvudsak huruvida de båda kumulativa förutsättningar under vilka vissa kvasiinterna upphandlingar faller utanför direktiv 93/36 (det så kallade Teckalundantaget eller Teckalkriterierna) är uppfyllda, nämligen: en kontroll över en juridisk person som motsvarar kontrollen över den egna förvaltningen samt en verksamhet som till huvuddelen bedrivs tillsammans med ägaren. Om förutsättningarna är uppfyllda är direktivets bestämmelser inte tillämpliga, och handläggningsreglerna behöver inte iakttas.

16. Som ett klargörande vill jag påpeka att det i det förevarande målet är det äldre rättsläget som gäller och inte det nya så kallade samlade lagstiftningspaketet.

V — Inledande kommentar

17. Av detta och tidigare mål framgår att Teckalkriterierna innehåller flera obestämda begrepp som har gett upphov till olika rättsfrågor och avgränsningssvårigheter. Mot bakgrund av dessa erfarenheter uppkommer frågan hur domstolen bäst skall kunna skapa rättslig klarhet och därmed även rättssäkerhet för de berörda. En möjlighet är att domstolen utvecklar sin rättspraxis inte endast utifrån enskilda fall utan mer allmänt än hittills. En annan möjlighet är att osäkerheten kring Teckalundantaget undanröjs genom en omfattande revision av rättspraxis. I november 1999 öppnade domstolen med domen i målet Teckal dörrarna för undantag från direktivets tillämpningsområde. Det är dock tills vidare oklart hur långtgående utrymmet för detta undantag är.

18. Detta får som framgår av målet betydelse även för de högsta nationella domstolarna, såsom den italienska Consiglio di Stato. De riktlinjer för kvasiinterna upphandlingar som Consiglio di Stato har ställt upp har sålunda sin grund i ett beslut av domstolen. [12] Frågan huruvida denna praxis överensstämmer med domstolens rättspraxis kan lämnas därhän. I vart fall framgår det av målet vid den nationella domstolen liksom av andra mål i andra medlemsstater att domstolens rättspraxis uppenbarligen inte ger någon klar ledning för de berörda ekonomiska aktörerna och domstolarna i medlemsstaterna.

12 — Beslutet i målet Comune di Udine (ovan fotnot 5).

19. För att ge domstolen möjlighet att välja mellan olika alternativ skall jag i det följande, trots de betänkligheter som jag har anfört, precisera Teckalundantaget mer allmänt. För domstolen kvarstår dock möjligheten att välja den andra lösningen.

A — *Den rättsliga betydelsen av det indirekta ägandet*

22. Det första som kännetecknar sakomständigheterna i förevarande mål är liksom i målet Stadt Halle att tilldelningen inte har skett direkt till den enhet i vilken den lokala myndigheten har ett direkt aktieinnehav.

VI — Det första kriteriet: En kontroll över en juridisk person som motsvarar kontrollen över den egna förvaltningen

20. Förevarande mål har flera särdrag som sammantaget särskiljer det från andra anhängiga eller redan avgjorda mål rörande så kallade offentlig-privata partnerskap.

23. I det sammanhanget uppkommer frågan huruvida Teckalkriterierna i princip är tillämpliga även på fall där det finns ett indirekt ägarintresse, det vill säga huruvida även sådana fall där den offentliga myndighet för vilken prestationen utförs har ett ägarintresse i den berörda enheten endast genom ett annat bolag är undantagna från direktiven om offentlig upphandling.

21. Till skillnad från vad som var aktuellt i målet Stadt Halle förekommer såvitt framgår av handlingarna i förevarande mål inga privata företag som delägare. För övrigt är det här fråga om ett aktiebolag, alltså en annan juridisk bolagsform än i målet Stadt Halle. Till skillnad från vad som var fallen i målen Parking Brixen [13] och Teckal har det nu aktuella kontraktet inte tilldelats ett dotterföretag utan ett "barnbarn" till den lokala myndigheten.

24. Kommissionen och den polska regeringen tillbakavisar bestämt en sådan tolkning utifrån principiella överväganden.

25. Av domstolens rättspraxis kan ingen klar ledning hämtas i frågan. Detta konstaterande

13 — Domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 7).

gäller även efter domen i målet Parking Brixen.

26. För argumentet att Teckalkriterierna i princip är tillämpliga även på fall där det förekommer ett indirekt ägarintresse talar det förhållandet att domstolen i målet Stadt Halle överhuvudtaget gjorde en prövning huruvida förutsättningarna för att tillämpa de båda Teckalkriterierna var uppfyllda. Av detta skulle man kunna utläsa ett tyst principiellt erkännande.

27. Ordalydelsen i domen i målet Stadt Halle tycks dock snarare peka i andra riktningen. Punkt 49 har följande lydelse: "... huvuddelen av sin verksamhet för den eller de upphandlande myndigheter som äger enheten." Det kan tolkas som att prestationsutbytet måste ske direkt mellan den upphandlande myndigheten som är ägare och den enhet som den upphandlande myndigheten äger.

28. Eftersom formuleringen dock uttryckligen hänför sig till det andra kriteriet om verksamhetens huvuddel kan man endast konstatera att domen i målet Teckal inte innehåller något uttryckligt uttalande huruvida det första kriteriet kan vara uppfyllt även när det föreligger ett indirekt ägarintresse.

29. Den omständigheten att målet Teckal rörde en situation med flera offentliga enheter inblandade, och att domstolen implicit godtog en sådan situation genom att lägga fast de så kallade Teckalkriterierna, talar å andra sidan för att i princip även indirekta ägarintressen kan falla under kriteriet. En förutsättning är dock att kontrollkriteriet är uppfyllt i alla ägarled.

30. När det gäller kontrollkriteriet skall det enligt domen i målet Parking Brixen vara fråga om en möjlighet "till avgörande påverkan på såväl strategiska mål som viktiga beslut". Vid den bedömningen skall samtliga relevanta lagbestämmelser och omständigheter beaktas.[14] Att en sådan möjlighet till avgörande påverkan också rent faktiskt utövas tycks inte vara en förutsättning enligt den nämnda domen.

B — *Den rättsliga bedömningen av företag som samägs av flera offentliga myndigheter*

1. Principiella frågor

31. Sakomständigheterna i målet vid den nationella domstolen uppvisar ytterligare ett

14 — Domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 7), punkt 65.

särskiljande drag i förhållande till målet Stadt Halle. I förevarande mål är det nämligen inte fråga om en halvoffentlig enhet utan om en enhet, ett moderbolag, i vilket inga privata företag har ägarintressen. Detta sägs visserligen inte i beslutet om hänskjutande men framgår av övriga handlingar. Det främmande ägarintresset uppgår för övrigt endast till 0,02 procent. Eftersom denna restandel ägs av andra kommuner, det vill säga andra offentliga enheter, är det fråga om ett företag som samägs av flera offentliga myndigheter, ett så kallat "Public-Public-Partnership".

32. Om man jämför situationen i förevarande mål med domstolens hittillsvarande rättspraxis framträder följande bild. Å ena sidan finns en väsentlig skillnad mellan detta mål och målet Stadt Halle där det var fråga om en halvoffentlig enhet. Eftersom det är fråga om en enhet som samägs av flera offentliga myndigheter finns å andra sidan en tydlig parallell till målet Teckal. Den enhet som i målet Teckal skulle utföra uppgifterna enligt avtalet, AGAC, var visserligen en självständig juridisk person men hade bildats av flera kommuner.

33. För en tillämpning av Teckalundantaget på enheter som samägs av flera offentliga myndigheter talar förutom domen i det ovannämnda målet Teckal även den omständigheten att det som var avgörande för domstolen i domen i målet Stadt Halle [15] var att privata företag styrs av andra intressen än de som gäller för lokala myndigheter.

34. I förevarande mål förekommer emellertid endast kommuner och inte privatpersoner som ägare. Eftersom kommuner eftersträvar mål av allmänintresse kan man tänka sig, åtminstone vid en första anblick, att kontrollkriteriet även med en strikt tolkning av det är uppfyllt. Så är fallet åtminstone om man anser att intressegemenskap [16] föreligger redan vid frånvaron av privata intressen. Det kan självfallet inte uteslutas, utan bekräftas tvärtom av hur de agerar som ekonomiska aktörer, att även kommuner kan företräda varierande intressen. I så fall föreligger inte längre någon intressegemenskap.

35. Slutligen skall man heller inte bortse från att det i målet Teckal var fråga om en så kallad azienda municipalizzata (kommunalt företag) och inte som i förevarande fall ett aktiebolag. Jag skall återkomma till betydelsen av den juridiska bolagsformen.

15 — Domen i målet Stadt Halle (ovan fotnot 4), punkt 50.

16 — Jämför generaladvokaten Kokotts framställning i förslag till avgörande av den 1 mars 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (domen nämnd ovan i fotnot 7), punkt 74 och följande punkt.

36. Frågan hur en enhet som samägs av flera offentliga myndigheter skall bedömas skall dock även besvaras mot bakgrund av den i domen i målet Stadt Halle uttryckligen bekräftade tolkningsprincipen enligt vilken varje undantag från skyldigheten att tillämpa de gemenskapsrättsliga bestämmelserna skall tolkas restriktivt. [17]

37. Även i domen i det ovannämnda målet Stadt Halle, där det inte var fråga om mer än en aktieägare, bekräftade domstolen att Teckalundantaget i princip är tillämpligt på enheter med flera aktieägare. Det framgår av den omständigheten att domstolen [18] inte endast återgav Teckalundantaget ordagrant utan även erinrade om att den fristående enheten i målet Teckal ägdes helt av "offentliga myndigheter". Domstolen använde sig här av plural, alltså inte endast i samband med det andra Teckalkriteriet.

38. Av detta följer alltså att även fristående enheter som har flera aktieägare i princip kan omfattas av undantaget.

39. För att det skall vara möjligt att tillämpa Teckalundantaget i förevarande situation måste man emellertid gå ytterligare ett steg, eftersom det här är fråga om ett indirekt ägarintresse. Enligt min mening kan det inte redan från början generellt och abstrakt uteslutas att Teckalundantaget är tillämpligt även i en sådan situation.

40. I stället måste även här göras en konkret prövning huruvida kontrollkriteriet är uppfyllt. Därvid skall erinras om den bedömningsprincip som domstolen ställde upp i domen i det ovannämnda målet Parking Brixen. Avgörande är att den kontrollerade enheten endast har ett visst begränsat mått av självständighet [19] gentemot ägarna [20].

41. Eftersom möjligheten till privat ägande i detta fall finns med i bolagsordningen måste det vid bedömningen av kontrollkriteriet undersökas huruvida en framtida möjlighet för privata aktörer att bli delägare har betydelse.

42. När det gäller möjligheten för privata aktörer att bli delägare skulle en åtskillnad kunna göras med avseende på huruvida privat ägande endast är rättsligt möjligt eller rättsligt tvingande. I det första fallet skulle

17 — Domen i målet Stadt Halle (ovan fotnot 4), punkt 46.
18 — Domen i målet Stadt Halle (ovan fotnot 4), punkt 49.
19 — Domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 7), punkt 70.
20 — Domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 7), punkt 68.

man kunna göra en ytterligare åtskillnad mellan huruvida det senare även rent faktiskt görs bruk av möjligheten eller inte. Sådana fall där privata aktörer redan är delägare, som i målet Stadt Halle, bortfaller automatiskt från bedömningen.

43. Om detta har kommissionen anfört att till och med potentiella privata ägarintressen, som har sin grund i exempelvis bolagsordningen för ett bolag med begränsat ansvar, talar för att kontrollkriteriet inte är uppfyllt.

44. Mot denna extrema ståndpunkt, som är kommissionens, talar för det första principiella överväganden. Om ståndpunkten vore riktig skulle rent *eventuella* framtida händelser vara avgörande för den rättsliga bedömningen av Public-Public-Partnership. Frågan huruvida dessa händelser sedan *faktiskt* inträffar skulle dock sakna relevans. Det skulle vara ett nytt synsätt på upphandlingsdirektivens område. Det kan också förekomma att det enligt lagstiftningen i den berörda medlemsstaten rentav är förbjudet att i en bolagsordning hindra överföring av aktier till privata intressen.

45. Däremot är det naturligtvis med hänsyn till den princip om skydd mot kringgående som är grundläggande för upphandlingsdirektiven nödvändigt att även beakta vissa händelser som inträffar efter det att ett företag har anförtrotts ett uppdrag, det vill säga efter det att kontraktet har tilldelats. Det gäller särskilt sådana fall där privat delägande ännu inte är möjligt vid tidpunkten för tilldelningen men där det redan finns konkreta planer på att möjliggöra detta.

46. Frågan är om domen i målet Parking Brixen ändrar något i denna bedömning. Mot det talar den omständigheten att det i domen i målet Parking Brixen till skillnad mot förevarande fall var föreskrivet att det skulle bli möjligt för utomstående att köpa aktier i bolaget och att detta endast utgjorde en av fem omständigheter som beaktades vid bedömningen.[21] Detta utesluter fortfarande inte att möjligheten för utomstående att köpa aktier i bolaget som sådan — om än endast i förening med andra särskilda omständigheter som kännetecknar situationen i målet vid den nationella domstolen — kan betyda att minimikravet avseende kontrollen inte är uppfyllt i denna situation. Det är därför nödvändigt att närmare undersöka dessa andra särskilda omständigheter och deras betydelse för frågan om kontrollen.

47. I det sammanhanget får jag hänvisa till den situation som föranledde en talan om fördragsbrott mot Republiken Österrike[22] och den rättsliga bedömning som domstolen nyligen gjorde i den frågan.

21 — Domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 7), punkt 67.

22 — Dom av den 10 november 2005 i mål C 29/04, kommissionen mot Österrike (REG 2005, s. I-9705).

48. Målet kommissionen mot Österrike rörde Mödlings kommuns överlämnande av kommunens avfallshantering till ett bolag med begränsat ansvar som var ett helägt dotterbolag till kommunen. Omkring två veckor efter att uppdraget lämnats beslutade kommunfullmäktige att överlåta 49 procent av sina aktier i bolaget till ett privat företag. Överlåtelsen genomfördes omkring ytterligare två veckor senare. Verksamheten inleddes ytterligare några veckor senare.

49. I sin dom av den 10 november 2005 gjorde domstolen klart att tilldelningen av kontraktet skulle bedömas med beaktande av samtliga dessa moment jämte deras syfte och inte utifrån varje moment för sig. [23] Detta talar för att även senare händelser som inträffar efter att ett uppdrag har tilldelats skall beaktas, vilket domstolen i det nämnda målet också uttryckligen påpekade. [24] I det målet var det emellertid till skillnad från i förevarande mål frågan om *faktiskt* inträffade händelser. Där hade nämligen möjligheten att öppna bolaget för privata ägare redan tagits i bruk. Vid den tidpunkt då den samlade bedömningen gjordes var överlåtelsen av en del av aktierna till ett privat företag ett faktum.

50. Som kontrast framgår det inte av handlingarna i detta mål huruvida och i så fall när aktier har överlåtits till privata intressen eller om det har funnits planer på detta. Från den utgångspunkten ger varken domen i målet Parking Brixen eller domen i målet kommissionen mot Österrike någon entydig indikation på att blotta *möjligheten* att bolaget öppnas för privata intressen är tillräcklig.

51. Det kan därför antas att det enligt hittillsvarande rättspraxis i princip inte är uteslutet att tilldelning av ett kontrakt i enlighet med Teckalundantaget ges till en enhet som samägs av flera offentliga myndigheter. Det är därför nödvändigt att här precisera de villkor som då måste vara uppfyllda.

2. De olika villkoren

52. De villkor under vilka en tilldelning till en enhet som samägs av flera offentliga myndigheter kan omfattas av Teckalundantaget rör förhållandet mellan den berörda fristående enheten och de offentliga myndigheter som har ett direkt eller indirekt ägarintresse i enheten.

23 — Domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 22), punkt 41.

24 — Domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 22), punkt 38.

53. Jag vill direkt tillbakavisa det i målet framförda argumentet att Teckalundantaget endast omfattar "delegering inom organisationen", "organisatorisk delegering" eller avdelningar i organisationen hos en lokal myndighet. Det finns inget stöd i domstolens rättspraxis för att knyta an till sådana begrepp.

54. Domstolen har i allmänhet och särskilt i domen i målet Parking Brixen en materiell snarare än en formell syn på sådana frågor. Avgörande är därför, som jag kommer att visa närmare, hur förhållandet mellan de berörda parterna har närmare utformats. Särskild betydelse har därför allmänna och abstrakta bestämmelser såsom nationell bolagsrätt samt den konkreta utformningen i exempelvis den berörda enhetens bolagsordning. [25]

55. I förevarande mål är den enhet som skall fullgöra prestationen, till skillnad från vad som var fallet i målet Stadt Halle, inte ett bolag med begränsat ansvar enligt tysk rätt utan ett aktiebolag enligt italiensk rätt (SpA).

56. I detta fall är de relevanta bestämmelserna i italienska civillagen (Codice civile) tillämpliga.

57. En skillnad finns även i förhållande till den enhet som var föremål för prövning i målet Teckal. Medan det målet avsåg ett företag som hade den juridiska formen azienda municipalizzata (kommunalt företag), rör förevarande mål just en enhet, AGESP, som visserligen från början hade den nämnda juridiska formen men som genom beslut nr 148 av den 24 september 1997 omvandlades till ett aktiebolag.

58. Ett aktiebolag enligt italiensk rätt har i princip en större självständighet än bolag med begränsat ansvar.

59. Enligt min mening är det inte tillräckligt att göra en abstrakt prövning angående möjligheterna enligt civillagen för aktieägarna att utöva inflytande på aktiebolaget och bolagets möjlighet att utöva inflytande på sitt dotterbolag. Avgörande är som jag redan har berört den konkreta utformningen av förhållandet mellan modermoderbolaget och moderbolaget respektive mellan moderbolaget och dotterbolaget. [26]

25 — Domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 7), punkt 66 och följande punkter.

26 — Jämför med mitt förslag till avgörande i målet Stadt Halle (ovan fotnot 4), punkt 65.

60. Aktiebolagets juridiska form, exempelvis den enligt italiensk rätt, är således inte en nackdel i sig. Detta framgår av domen i målet Parking Brixen, där det också var fråga om ett aktiebolag enligt italiensk rätt. Endast det faktum att domstolen inte ansåg att den omständigheten utgör tillräckligt stöd för att anse att bolaget var självständigt, och att det därför inte förelåg någon kontrollsituation, ger vid handen att den juridiska form som ett italienskt aktiebolag utgör, inte i sig utesluter möjligheten att kontrollen kan anses vara tillräcklig.

61. I vart fall är en omvandling av egenverksamhet till aktiebolag åtminstone en av flera omständigheter som skall beaktas vid bedömningen av graden av självständighet. [27]

62. Vid prövningen av förhållandets utformning är det aktieägarnas konkreta befogenheter som måste vara avgörande och inte hur dessa befogenheter faktiskt utövas i praktiken. [28] Detta har domstolen numera bekräftat i målet Parking Brixen, där domstolen undersökte det berörda aktiebolagets bolagsordning. [29]

63. Vidare måste aktieägarnas kontrollbefogenhet omfatta inte endast upphandlingsbeslut i allmänhet och det konkreta upphandlingsbeslutet [30] utan även ledningen av verksamheten i dess helhet.

64. När det gäller medlen för kontrollen är det i regel befogenheter att ge anvisningar, utöva övervakning och besluta om tillsättningar som tas i beaktande. Den vägledande principen måste här vara att det är de faktiska möjligheterna att påverka som är avgörande och inte endast de relevanta lagbestämmelserna. [31]

65. Till sist skall jag beröra det i målet framförda argumentet att bedömningen av ett upphandlingsförfarande och tillämpningen av Teckalundantaget även beror på hur parterna, det vill säga den kontrollerande och den kontrollerade enheten, uppträder under det aktuella förfarandet.

66. Enligt den uppfattningen kan man av parternas uppträdande under förfarandet, särskilt uppträdandet av den enhet som

27 — Domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 7), punkt 67.

28 — Jämför mitt förslag till avgörande i mål C-26/03 (domen nämnd ovan i fotnot 4), punkt 76.

29 — Domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 7), punkt 66 och följande punkter.

30 — Jämför med mitt förslag till avgörande i målet Stadt Halle (domen nämnd ovan i fotnot 4), punkt 77.

31 — Domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 7), punkt 65.

samägs av flera offentliga myndigheter, dra slutsatser i fråga om den senares självständighet i förhållande till den upphandlande enheten.

67. I detta avseende har i målet framför allt hänvisats till avtalets innehåll. Framför allt vissa sanktionsåtgärder som föreskrivs i avtalet för det fall vissa mål inte uppnås anses utgöra ett tecken på AGESP:s självständighet.

68. Eftersom kontrollkriteriet avser inflytandet över ledningen av verksamheten i dess helhet kan dock frågan hur den berörda enheten uppträder under ett visst upphandlingsförfarande inte vara avgörande. Annars skulle en och samma enhet kunna komma att omfattas av Teckalundantaget i ett upphandlingsförfarande medan den i ett annat förfarande kunde komma att falla utanför. Det finns inget stöd i domstolens rättspraxis för ett sådant konkretiserat synsätt. Domstolen gör i stället sina konstateranden i fråga om förhållandet och kontrollkriteriet med hänvisning till omständigheter som är knutna till delägarna som sådana.

69. Den närmare prövningen huruvida de allmänna abstrakta bestämmelserna i nationell lagstiftning och utformningen av det berörda bolagets bolagsordning (i förevarande fall särskilt artikel 19) ger en tillräcklig grad av kontroll utgör en prövning av konkreta omständigheter. Den prövningen och tolkningen av den nationella rätten är inom ramen för fördelningen av behörigheter enligt artikel 234 EG inte en uppgift för domstolen utan för den nationella domstolen.

C — *Slutsats i denna del*

70. Kriteriet avseende kontroll över en juridisk person som motsvarar kontrollen över den egna förvaltningen kan i princip vara uppfyllt även när det är fråga om ett företag som samägs av flera offentliga myndigheter. Prövningen av omständigheterna i målet vid den nationella domstolen ankommer på den nationella domstolen. Denna måste i förevarande fall beakta följande omständigheter

— ägarnas intressen,

— omvandlingen från azienda municipalizzata till aktiebolag,

— förekomsten av en icke bindande bestämmelse om att det skall bli möjligt för utomstående att köpa aktier i bolaget och den omständigheten att så ännu inte har skett,

— möjligheten för AGESP att göra nyetableringar även utomlands,

— omfattningen av möjligheten att påverka tillsättningen av bolagets styrelse och ledning,

— de befogenheter som tillkommer AGESP:s styrelse, och

— kommunens indirekta aktieinnehav i AGESP genom AGESP Holding.

71. Domstolen kan självfallet i detta mål — liksom i målen Stadt Halle och Parking Brixen — själv göra en slutgiltig bedömning av situationen i målet vid den nationella domstolen. De ovan redovisade omständigheterna är i stor utsträckning desamma som i målet Parking Brixen, [32] dock med tillägg av det indirekta aktieägandet. Därför är det möjligt att med stöd av hittillsvarande rättspraxis, som många anser vara alltför strikt, dra slutsatsen att det första kriteriet avseende tillräcklig kontroll motsvarande kontrollen över den egna förvaltningen inte är uppfyllt i den situation som är aktuell i målet vid den nationella domstolen.

72. Skulle domstolen däremot ta tillfället i akt att klargöra sin hittillsvarande rättspraxis så att åtminstone vissa företag som samägs av flera offentliga myndigheter kan uppfylla kontrollkriteriet, och om domstolen i så fall kommer fram till att detta är fallet i målet vid den nationella domstolen, har domstolen den ytterligare möjligheten att för första gången närmare precisera det andra Teckalkriteriet eller kriteriet avseende huvuddelen av verksamheten.

VII — Det andra kriteriet: Huvuddelen av verksamheten bedrivs tillsammans med ägaren

73. Till skillnad från vad som är fallet med det första Teckalkriteriet har det i fråga om det andra Teckalkriteriet efter domen i det ovannämnda målet Teckal inte tillkommit någon rättspraxis från domstolen där kriteriet belysts närmare. Förevarande mål erbjuder nu domstolen ett tillfälle att göra detta.

74. Målet vid den nationella domstolen gäller en situation där det är fråga om ett

32 — Domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 7), punkt 67.

ägande till nästan 100 procent i det första ledet, det vill säga mellan kommunen och AGESP Holding, och ett ägande till 100 procent i andra ledet mellan AGESP Holding och AGESP.

75. Liksom i målet Stadt Halle är det i detta mål fråga om ett indirekt ägarintresse. Det skall alltså undersökas huruvida även en verksamhet i ett "dotterdotterbolag" för dess "modermoders" räkning i princip kan uppfylla det andra Teckalkriteriet.

A — *Utgångshypotes*

76. I målet Stadt Halle hade domstolen med hänsyn till den valda tolkningen av det första kriteriet inte anledning att gå in på det andra kriteriet. Det är därför helt följdriktigt att jag här återger den uppfattning som jag redovisade i mitt förslag till avgörande i målet Stadt Halle.

77. Det andra kriteriet enligt domen i målet Teckal avseende huvuddelen av verksamheten hänför sig till en viss minsta andel i hela den verksamhet som den kontrollerade enheten bedriver. Det handlar således om att fastställa omfattningen av hela den verksamhet som enheten bedriver och omfattningen av den verksamhet som enheten bedriver för aktieägaren i vid mening.

78. I det sammanhanget måste understrykas att den omständigheten att begreppet aktieägare inte skall ges en alltför snäv tolkning inte ger stöd för slutsatsen att verksamhet för aktieägarens räkning skall inkludera sådan verksamhet som bedrivs av tredje man och som aktieägaren annars hade varit tvungen att utföra själv. Detta gäller i praktiken i första hand tjänster för att tillgodose allmänintresset, och i detta fall särskilt kommuner som är skyldiga att tillhandahålla vissa tjänster till vissa personer.

79. Det skall också klargöras att det är den verksamhet som faktiskt bedrivs som är avgörande och inte den verksamhet som den kontrollerade enheten kan utföra enligt lag eller bolagsordningen eller är skyldig att utföra. [33]

80. Den centrala frågan är nu hur stor andelen minst måste vara för att det andra Teckalkriteriet skall vara tillämpligt. Det finns flera olika uppfattningar om detta. De sträcker sig från mer än 50 procent över "i nämnvärd omfattning", "helt övervägande", "närmast uteslutande" till "uteslutande".

33 — Se efter mitt förslag till avgörande generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande föredraget den 1 mars 2005 i målet Parking Brixen (domen nämnd ovan i fotnot 7), punkt 81.

81. I detta hänseende företräds inte endast uppfattningen att omfattningen av de tjänster som tillhandahålls aktieägaren skall fastställas, utan även uppfattningen att utgångspunkten måste vara hur stor den andel tjänster är som tillhandahålls andra än aktieägaren. Den senare uppfattningen förespråkas i generaladvokaten Légers förslag till avgörande i målet ARGE. Enligt honom "är direktivet tillämpligt om detta organ utövar huvuddelen av sin verksamhet *för andra* organ eller för andra myndigheter än dem som den upphandlande myndigheten består av". [34] Eftersom den förstnämnda uppfattningen förespråkas i domen i målet Teckal när det gäller det andra kriteriet, skall den senare uppfattningen emellertid inte följas i detta mål.

82. I ovannämnda förslag till avgörande av generaladvokaten Léger kommer emellertid en annan viktig aspekt till uttryck, som skall beaktas inom ramen för fastställandet av andelen.

83. Därmed uppkommer frågan huruvida det andra Teckalkriteriet endast tillåter ett kvantitativt synsätt eller om även kvalitativa omständigheter skall beaktas. För det senare talar ordalydelsen av och syftet med undantaget, som inte heller ger någon ledning till hur verksamheten skall bedömas. Inte heller den autentiska versionen av motsvarande avsnitt i domen i målet Teckal, det vill säga den italienska versionen, utesluter ett kompletterande eller alternativt kvalitativt synsätt ("la parte più importande della propria attività").

84. För övrigt innehåller undantaget i domen i målet Teckal inte heller någon hänvisning till den beräkningsmetod som skall användas för att beräkna andelen. Det är följaktligen inte självklart att omsättningen utgör det enda avgörande kriteriet.

85. Den nationella domstolen skall således enligt min mening beakta kvantitativa och kvalitativa omständigheter vid bedömningen av vad som skall anses utgöra "huvuddelen av verksamheten".

86. Jag vill i sammanhanget erinra om att det autentiska förslaget till avgörande är det som är avfattat på det språk som generaladvokaten har valt som originalspråk. Därmed framgår följande av generaladvokaten Légers förslag till avgörande: Avgörande är enligt generaladvokatens uppfattning om "quasi-exclusivité" innehas till de tjänster som tillhandahålls, varvid det i den tyska versionen talas om "sämtliche Dienstleistungen". [35] Generaladvokaten stöder sig dessutom på

34 — Förslag till avgörande av generaladvokaten Léger föredraget den 15 juni 2000 i mål C-94/99, ARGE Gewässerschutz (dom av den 7 december 2000, REG 2000, s. I-11037), punkt 93 (min kursivering).

35 — Förslaget till avgörande i målet ARGE Gewässerschutz (ovan fotnot 34), punkt 74.

den italienska versionen (som är rättegångsspråket) av det andra Teckalkriteriet, och talar om "en grande partie", som i den tyska versionen har översatts med "im Wesentlichen", [36] eller "la plus grande partie de leur activité" ("den huvudsakliga delen av sin verksamhet"). [37]

87. Som en konkretisering av kriteriet avseende huvuddelen av verksamheten nämns i doktrinen, liksom det har nämnts i detta förfarande, kriteriet på 80 procent i artikel 13 i direktiv 93/38. Till stöd för detta har det anförts att detta kriterium är "objektivt" eller "lämpligt".

88. I detta avseende skall noteras att även en annan fast procentsats skulle kunna vara objektiv eller lämplig. Som några av parterna i detta förfarande för förhandsavgörande har hänvisat till påpekade jag redan i mitt förslag till avgörande i målet Stadt Halle att stelheten i en fast procentsats kan utgöra hinder för en lämplig lösning. Den tillåter dessutom inte att kvalitativa omständigheter beaktas.

89. Mot en tillämpning av kriteriet på 80 procent i artikel 13 i direktiv 93/38 talar för det första den omständigheten att det rör sig om en undantagsbestämmelse i ett direktiv som enbart gäller för vissa sektorer. Enligt gemenskapslagstiftarens vilja gäller den bedömning som ligger till grund för undantagsbestämmelsen endast direktivet. Det är visserligen möjligt att denna grundtanke är praktiskt tillämpbar utanför dessa sektorer. Det avgörande är emellertid att en sådan bestämmelse inte har införts i det direktiv som är tillämpligt i detta mål.

90. Om man förordar en tillämpning av kriteriet på 80 procent förbiser man för det andra att artikel 13 i direktiv 93/38 endast gäller för tjänster. Såsom en undantagsbestämmelse innebär den per definition ett förbud mot analog tillämpning på leverans av varor inom de berörda sektorerna. En utvidgning till att avse leverans av varor kom till stånd endast genom ändringar i samband med det samlade lagstiftningspaketet på detta område [38].

91. För det tredje har gemenskapslagstiftaren, även när direktiven ändrades i samband med det så kallade samlade lagstiftningspaketet, bibehållit kriteriet på 80 procent endast för de berörda sektorerna och avstått från att överföra det till det så kallade klassiska direktivet. Vid den tidpunkt när dessa lagändringar skedde var det andra

36 — Förslaget till avgörande i målet ARGE Gewässerschutz (ovan fotnot 34), punkt 81.

37 — Förslaget till avgörande i målet ARGE Gewässerschutz (ovan fotnot 34), punkt 83.

38 — Artikel 23 i direktiv 2004/17/EG (ovan fotnot 9).

Teckalkriteriet dock redan känt och även föremål för diskussion under lagstiftningsproceduren.

92. Mot kopplingen till artikel 13 i direktiv 93/38 talar för det fjärde ett ytterligare skäl. Enligt artikel 13.2 skall de upphandlande enheterna nämligen lämna viss information på kommissionens begäran. Den bestämmelsen verkar kompenserande i processrättsligt hänseende för det undantag som föreskrivs i artikel 13. När det gäller undantaget i domen i målet Teckal valde domstolen emellertid en annan väg.

93. För det femte är blotta faktum att domstolen inte definierade det andra Teckalkriteriet med hänvisning till direktiv 93/38, som domstolen självfallet kände till, en omständighet som talar mot en analog tillämpning. Med avvikelse från artikel 13 nöjde sig domstolen i stället med två materiella villkor, nämligen de två berörda Teckalkriterierna. Dessa kriterier skall emellertid tolkas restriktivt just därför att det inte finns någon förfarandebestämmelse som är jämförbar med artikel 13.

94. Sammantaget finns det därför skäl att vidhålla uppfattningen att det från direktiv 93/38 härledda kriteriet på 80 procent inte är lämpligt som grund för bedömningen i fråga om vad som är huvuddelen av verksamheten.[39]

B — *Vidareutveckling av utgångshypotesen mot bakgrund av nyare rättspraxis*

95. Ett villkor för tillämpningen av ett undantag är att kriteriet avseende huvuddelen av verksamheten tolkas strikt. Detta har domstolen bekräftat genom följande uttalande i punkt 63 i domen i målet Parking Brixen:

"Vad gäller ett undantag från de allmänna gemenskapsrättsliga bestämmelserna skall de två undantag som anges i föregående punkt tolkas strikt, och det är den som avser att

39 — När det gäller den litteratur som efterhand har blivit den förhärskande uppfattningen i doktrinen, se Meinrad Dreher, "Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht — Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater", NZBau 2002, s. 245 (på s. 253), Wolfram Krohn, "Aus für In-house-Vergaben an gemischtwirtschaftliche Unternehmen", NZBau 2005, s. 92 (på s. 95), Opitz, *Zeitschrift für Vergaberecht* 2000, s. 97 (på s. 105), Ulf- Dieter Pape/Henning Holz, "Die Voraussetzungen vergabefreier In-house-Geschäfte" *NJW* 2005, s. 2264 (på sidan 2265 och följande sida), Wolfgang Jaeger, "Verträge kommunaler Körperschaften sowie ihrer eigenen und gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften über Energiebezug und Kartellvergaberecht", i Büdenbender/Kühne/Baur (utgivare), Das neue *Energierecht in der Bewährung: Bestandsaufnahme und Perspektiven*, Baur-FS, 2002, s. 455 (på s. 464), Cristoph Riese/Andreas van den Eikel, "Neues zum In-house-Geschäft — Das ende für gemisch-wirtschaftliche Unternehmen?", Vergaberecht 2005, s. 590 (på s. 601), Kurt Weltzien, "Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector", *Public Procurement Law Review* 2005, s. 237 (på s. 249), som riktigt påpekar att direktiv 93/38 är tillämpligt även på privata företag, Jan Ziekow/Thorsten Siegel, "Die Vergaberechtspflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand", *Vergaberecht* 2005, s. 145 (på s. 148), som ifrågasätter huruvida kriteriet på 80 procent står i överensstämmelse med gemenskapsrätten.

åberopa undantagsbestämmelsen som har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs."

96. Dessa krav gäller även i förevarande mål.

97. Jag vidhåller den uppfattning som jag redovisade i mitt förslag till avgörande i målet Stadt Halle [40] att inte endast kvantitativa utan även kvalitativa omständigheter skall beaktas vid bedömningen av vad som skall anses utgöra "huvuddelen av verksamheten". [41]

98. När det gäller de *kvalitativa* omständigheterna måste det prövas hur och för vem den kontrollerade enheten i fråga bedriver sin verksamhet. Därvid är det skillnad om det överhuvudtaget finns en marknad för enhetens verksamhet och om enheten på marknaden erbjuder sig att utföra en del av de tjänster som den tillhandahåller andra än den kontrollerande enheten. [42]

99. Detta skall dock inte förstås på det sättet att de tjänster som tillhandahålls av den berörda enheten också måste efterfrågas av andra än offentliga myndigheter. Även om en vara eller en tjänst *efterfrågas* endast av offentliga organ innebär detta nämligen inte att det inte finns en marknad. Det kan nämligen finnas andra *leverantörer*. Följaktligen är bedömningen av de kvalitativa omständigheterna inte beroende endast av förhållandet mellan den levererande enheten och den kontrollerande enheten utan även, helt i linje med upphandlingslagstiftningens konkurrensfrämjande syfte, av deras ekonomiska ställning på marknaden. Situationen skulle sålunda vara snarlik de fall där direktiven tillåter ett förhandlat förfarande utan offentliggörande, nämligen om kontraktet endast kan tilldelas en bestämd ekonomisk aktör. [43]

40 — Se även efter mitt förslag till avgörande generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i mål C-458/03 (domen nämnd ovan i fotnot 7), punkt 83.

41 — Instämmanden i Marc Gabriel/Bernd Joachimsmeier, *VergaberechtNZBau* 2005, sidan 127 och följande sidor, Kurt Weltzien, "Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House-Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector", *Public Procurement Law Review* 2005, s. 237 (på s. 248).

42 — Se i detta sammanhang legaldefinitionen i artikel 1.8 första stycket i direktiv 2004/18 (ovan fotnot 38) och artikel 1.7 första stycket i direktiv 2004/17 (ovan fotnot 9). I det här tillämpliga direktivet finns ingen sådan definition med uttrycklig hänvisning till marknaden.

43 — Se numera artikel 31.1 b i direktiv 2004/18 och artikel 40.3 c i direktiv 2004/17.

100. Det är också nödvändigt att principiellt klargöra huruvida endast den faktiska verksamhet som utförs då är relevant eller om man även skall beakta enhetens syfte, exempelvis bolagets ändamål enligt bolagsordningen, det vill säga varje form av verksamhet som enheten överhuvudtaget kan tänkas bedriva. Emellertid skulle, även om kopplingen till en enhets syfte inte är främmande inom upphandlingslagstiftningen, en sådan koppling ytterligare försvåra bedömningen av huvudsaklighetskriteriet eftersom ingen tillförlitlig aktuell information kan ges beträffande en potentiell och för framtiden oviss verksamhet.

101. En annan fråga är huruvida endast viss eller all verksamhet som bedrivs av enheten skall tas med i beräkningen. Kriteriet avseende huvuddelen av verksamheten skulle även kunna förstås på det sättet att hänsyn endast skall tas till sådan verksamhet som utförs både för den kontrollerande enheten och för andra, exempelvis leverans av energi. Då skulle bortses från annan verksamhet som bedrivs av enheten, exempelvis avfallshantering, så att endast den sektorspecifika relativa andelen av den totala verksamheten blir avgörande.

102. Emellertid talar enligt min mening redan den omständigheten att vi här har att göra med ett undantag från direktivets bestämmelser mot en sådan tolkning av det andra Teckalkriteriet. Den tolkningen skulle nämligen kunna leda till en ökning av antalet undantagna förfaranden i fall där kriteriet avseende huvuddelen av verksamheten är uppfyllt för en viss verksamhetsdel men inte för enhetens totala verksamhet.

103. Kriteriet avseende huvuddelen av verksamheten kan, som formuleringen i domen i målet Teckal och omständigheterna i målet ger vid handen, vara uppfyllt inte endast om den verksamhet som utförs för en ägares räkning överstiger nivån för vad som är huvuddelen, utan även vid en jämförelse mellan verksamhet som utförs för alla ägare sammanlagt och all verksamhet som enheten bedriver.

104. I punkt 50 i domen i målet Teckal använde domstolen också plural i fråga om det andra kriteriet och uttalade följande:

"... Endast i det fallet att den lokala myndigheten, samtidigt, utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna juridiska person

bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de *myndigheter* som innehar den, skulle något annat kunna gälla." [44]

105. Skall man läsa denna formulering bokstavligt är inte endast de tjänster som utförs för den kontrollerande enheten Busto Arsizio kommun som är relevanta. Även tjänster som utförs för andra ägare kan beaktas.

106. När det gäller *kvantitativa* omständigheter kan inte omsättningen vara ensamt avgörande. Även andra företagsekonomiska indikatorer måste kunna beaktas. Sålunda kan som berörs i den andra tolkningsfrågan i princip även beaktas hur stor andel av de totala intäkterna som härrör från den verksamhet som utförs för ägarnas räkning. Vid bedömningen avseende andelen av de totala intäkterna gäller dock samma princip som i fråga om andelen av den totala omsättningen, det vill säga att det är inte tillräckligt med en enkel övervikt för intäkterna från verksamheten i fråga gentemot andra intäkter. Det skall noteras att dessa båda indikatorer endast är kvantitativa.

44 — Min kursivering.

107. Till sist kan konstateras att domstolen i fråga om kriteriet avseende huvuddelen av verksamheten inte har klargjort vid vilken tidpunkt detta måste vara uppfyllt eller vilken tidsperiod som är avgörande för bedömningen.

108. I linje med systemet i upphandlingsdirektiven borde detta vara den tidpunkt då den upphandlande myndigheten agerar, det vill säga i detta fall när uppdraget lämnas. Det ger dock endast en ögonblicksbild av situationen om man inte även, som i artikel 13 i direktiv 93/38, beaktar en längre tidsperiod.

109. Eftersom AGESP inte utför tjänster endast för kommunen utan i många fall även direkt för tredje man inom kommunen — såväl företag som privata hushåll — uppkommer den ytterligare frågan om och under vilka förutsättningar även tjänster som inte utförs direkt för en kommun skall anses utgöra tjänster för kommunen, det vill säga för den kontrollerande enheten i den mening som avses med det andra Teckalkriteriet.

110. Här framkommer än en gång tydligt det andra Teckalkriteriets oklarhet och den därtill knutna rättsliga osäkerheten för de

berörda enheterna. I rättssäkerhetens intresse borde därför ett klargörande ske.

111. Här har nämligen väckts frågan huruvida det har betydelse inom vilket område tjänsten utförs. Om så är fallet omfattar målet vid den nationella domstolen endast tjänster som utförs inom Busto Arsizio kommuns område. En tydlig referens i territoriellt hänseende är åtminstone ett lämpligt kriterium för klassificeringen eftersom en sådan referens är väsentlig även för bestämningen av offentliga myndigheters ansvarsområde, särskilt när det gäller kommuner. En ståndpunkt som innebär att endast tjänster som utförs för personer med hemvist i kommunen beaktas skulle under alla förhållanden vara alltför restriktiv. Däremot skulle det kunna vara möjligt att även inräkna sådana tjänster som visserligen utförs utanför kommunen men som kommer personer inom kommunen till godo, kanske därför att tjänsten av exempelvis kostnadsskäl inte utförs av kommunen själv utan av någon annan enhet som ägs av flera kommuner och/eller regioner.

112. Det måste också understrykas att det för klassificeringen saknar betydelse vem som faktureras för tjänsten eller vem som betalar för den. Det är typiskt just beträffande samhällsomfattande tjänster som tillhandahålls i form av koncessioner att åtminstone en del av betalningen härrör från de som nyttjar tjänsten i fråga. Jag tänker då framför allt på sådana koncessioner enligt direktiven som avser byggande av motorvägar där vägavgifter skall tas ut. Stor betydelse på kommunal nivå har framför allt transporttjänster, energileveranser, avfallshantering samt byggande och eventuellt drift av utbildningsinstitutioner, anläggningar för fritidsaktiviteter och parkeringsanläggningar. I sådana fall måste man dock först pröva huruvida det är fråga om sådana tjänstekoncessioner som redan på den grunden är undantagna från direktivbestämmelserna.

113. Domstolen borde klargöra det andra Teckalkriteriet genom att ställa upp villkor under vilka även tjänster som utförs för tredje man innefattas. Vad som framför allt måste beaktas är vilket slag av koppling som finns mellan tredje man och den kontrollerande enheten, i detta fall kommunen. En klassificering av en aktivitet som kommunal verksamhet ligger nära till hands särskilt i sådana fall där kommunen är skyldig att tillhandahålla tredje man tjänsten. Detta måste inte nödvändigtvis vara en skyldighet som åligger kommunen enligt lag, exempelvis regional lagstiftning. Privaträttsliga skyldigheter enligt exempelvis avtal mellan privatpersoner och kommunen kan också räknas dit. Det finns också ett behov av att

klarlägga betydelsen av avtalsförhållanden mellan tredje man och den enhet som tillhandahåller tjänsten. Avgörande bör därvid vara, förutom det faktiska tillhandahållandet av tjänsten, att det även skall föreligga ett rättsligt förhållande mellan kommunen och den enhet som tillhandahåller tjänsten.

115. Jag kan sammanfattningsvis konstatera att tredje mans egenskaper inte är ensamt avgörande utan att även affärsverksamhetens karaktär måste beaktas.

C — *Slutsats i denna del*

114. Under alla förhållanden måste jag avvisa uppfattningen att varje tjänst som utförs för befolkningen under den berörda lokala myndigheten, i detta fall Busto Arsizio kommun, skall inräknas. Då skulle nämligen alla tjänster som utförs för privatpersoner omfattas även om det inte finns någon koppling till kommunen. Affärsverksamhetens karaktär skulle nämligen inte vara avgörande. Om den berörda enheten till exempel inte endast svarar för energileveranser eller avfallshantering utan även säljer produkter såsom värmare eller avfallsbehållare, skulle även de nämnda produkterna omfattas trots att alla konsumenter kan köpa dem också från annat håll. En tolkning som grundas endast på tredje mans/konsumentens ställning skulle leda till att varje tjänst som tillhandahålls konsumenten omfattas endast på grund av att denne har sin hemvist i kommunen.

116. Kriteriet enligt vilket den kontrollerade enheten skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den kan vara uppfyllt även i fråga om företag som samägs av flera offentliga myndigheter och när det föreligger ett indirekt ägarintresse. I sådana fall skall även vissa tjänster som den kontrollerande enheten tillhandahåller tredje man anses som tjänster som utförs för den kontrollerande enheten.

117. I förevarande mål måste den nationella domstolen därvid beakta en rad omständigheter, däribland vilka intäkter som härrör från den verksamhet som utförs för ägaren, dock inte kriteriet på 80 procent enligt artikel 13 i direktiv 93/38.

VIII — Förslag till avgörande

118. Mot denna bakgrund föreslår jag att domstolen skall besvara tolkningsfrågorna enligt följande:

"Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor skall tolkas så, att det inte utgör hinder mot en direkt tilldelning vid ett förfarande som det i målet vid den nationella domstolen. Detta gäller dock endast om följande villkor är uppfyllda:

För det första skall den lokala myndigheten utöva en kontroll över den ifrågavarande fristående enheten motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning. Vid bedömningen huruvida så är fallet måste den nationella domstolen beakta följande omständigheter

— ägarnas intressen,

— omvandlingen från azienda municipalizzata till aktiebolag,

— förekomsten av en icke bindande bestämmelse om att det skall bli möjligt för utomstående att köpa aktier i bolaget och den omständigheten att så ännu inte har skett,

— möjligheten för AGESP att göra nyetableringar även utomlands,

— omfattningen av möjligheten att påverka tillsättningen av bolagets styrelse och ledning,

— de befogenheter som tillkommer AGESP:s styrelse, och

— kommunens indirekta aktieinnehav i AGESP genom AGESP Holding.

För det andra måste den fristående enheten bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den. Vid den bedömningen måste den nationella domstolen beakta de omständigheter som anges ovan i punkterna 76–115 samt frågan vilka intäkter som härrör från den verksamhet som utförs för ägaren. Kriteriet på 80 procent enligt artikel 13 i direktiv 93/38 skall dock inte tillämpas.